

Publicato il 07/01/2020

N. 00077/2020 REG.PROV.COLL.
N. 12457/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 12457 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Dimar S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Zoppellari, Gabriele Grande, con domicilio eletto presso e nello studio dell'avvocato Andrea Lazzaretti, in Roma, Largo di Torre Argentina, n. 11;

contro

Azienda Sanitaria Locale – ASL Roma 1, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Vinti ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, alla Via Emilia, n. 88;

Azienda Sanitaria Locale Roma 2, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato

Francesco Dell'Orso ed elettivamente domiciliata presso quest'ultima in Roma, Via Filippo Meda, n. 35;

Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Fratto, Vincenzo Gambardella, Egidio Mammone, con domicilio eletto presso la sede legale in Roma, Circonvallazione Gianicolense n. 87;

Istituto Nazionale per le Malattie Infettive "Lazzaro Spallanzani" Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Armando Conti, in Roma, Via Andrea Doria n. 64;

Azienda Sanitaria Locale Roma 3, I.R.C.C.S. Istituti Fisioterapici Ospitalieri, Fondazione Ptv - Policlinico Tor Vergata, Azienda Ospedaliero - Universitaria Sant'Andrea, Azienda Ospedaliero-Universitaria Policlinico Umberto I, Azienda Ospedaliera Complesso Ospedaliero San Giovanni Addolorata, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Alse Medica S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Annibali, Marco Orlando, Antonietta Favale, Matteo Valente, tutti elettivamente domiciliati presso lo studio AOR in Roma, via Sistina n. 48;

per l'annullamento, previa sospensione

Per quanto riguarda sia il ricorso introduttivo che i motivi aggiunti presentati in data 11 dicembre 2019:

- della Deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria Locale Roma 1, n. 798 del 22.8.2019, portante l'aggiudicazione definitiva a favore di Alse Medica S.r.l. del Lotto 70 della "Procedura aperta in ambito comunitario, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. 50/2016,

espletata in forma aggregata, per l'affidamento della fornitura di dispositivi per Anestesia e Rianimazione, occorrenti alle esigenze delle Aziende Sanitarie aderenti all'Unione di acquisto comprese nell'ambito dell'Area di Aggregazione 2 ai sensi del D.C.A. U00369/2015”;

- di tutti i verbali di gara, nella parte in cui la Commissione ha esaminato la documentazione tecnica dei prodotti presentati in gara da Alse Medica S.r.l. con riferimento al Lotto in contestazione, omettendo di escluderne l'offerta per non conformità tecnica delle caratteristiche dei prodotti presentati in gara rispetto a quelle di minima fissate nell'Allegato 1A, denominato “Dettagli della fornitura”;

- di ogni altro atto e provvedimento ad esso presupposto, conseguente o connesso, anche non cognito;

e per la condanna delle Aziende intimare al risarcimento del danno patito dalla società ricorrente;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ASL Roma 1, dell'ASL Roma 2, dell'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, dell'INMI Spallanzani e di Alse Medica S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2019 la dott.ssa Emanuela Traina e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. La società ricorrente ha partecipato alla procedura aperta bandita dall'Azienda sanitaria Locale Roma 1 (d'ora innanzi ASL o Azienda)

espletata in forma aggregata per l'affidamento della fornitura di “dispositivi per anestesia e rianimazione, occorrenti alle esigenze delle Aziende Sanitarie aderenti all’Unione di acquisto comprese nell’ambito dell’Area di Aggregazione 2 ai sensi del D.C.A. U00369/2015”, di durata triennale, articolata in 215 distinti Lotti autonomamente aggiudicabili.

1.1. Con l’odierno mezzo di tutela contesta gli esiti di tale procedura con riferimento al lotto n. 70, avente ad oggetto la “*maschera tipo total face, trasparente, risterilizzabile*”, per un importo a base d’asta pari a € 846.300,00 oltre IVA, aggiudicato alla odierna controinteressata, che ha riportato un punteggio di 63,60 per l’elemento qualitativo e 30 per quello economico, mentre la ricorrente si è posizionata al secondo posto della graduatoria finale, con un punteggio complessivo pari a 77,07 (di cui 70 punti per l’elemento qualitativo e 7,07).

1.2. Con il ricorso principale Dimar S.r.l. lamenta, in sintesi, tramite articolazione di un’unica censura che verrà nel seguito dettagliatamente esaminata, che il prodotto offerto dall’aggiudicataria non possiede le caratteristiche tecniche individuate dalla Stazione appaltante nella *lex specialis* di gara e che, pertanto, la commissione avrebbe dovuto procedere alla relativa esclusione.

2. Si sono costituite in giudizio sia l’ASL Roma 1 che la controinteressata, le quali si sono opposte con dovizia di argomenti – che saranno parimenti oggetto di successivo esame – all’accoglimento del ricorso.

3. Si sono altresì costituiti l’I.N.M.I. Lazzaro Spallanzani I.R.C.C.S., l’Azienda Sanitaria Roma 2 nonché l’Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini i quali, oltre a sollevare eccezioni preliminari, hanno parimenti illustrato l’infondatezza dei motivi.

4. A seguito del deposito in giudizio della versione integrale dell'offerta di Alse Medica S.r.l. la ricorrente ha altresì presentato motivi aggiunti con i quali ha spiegato, avverso i provvedimenti già impugnati, ulteriori censure anch'esse finalizzate a dimostrare la non conformità della maschera proposta dall'aggiudicataria ai requisiti minimi stabiliti dalla stazione appaltante.

5. Alla camera di consiglio del 16 dicembre 2019, rese edotte le parti della possibilità di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a., il ricorso è stato trattenuto in decisione.

6. Con il ricorso principale parte ricorrente lamenta violazione dell'art. 1 del Capitolato tecnico e dell'Allegato 1A, degli artt. 83, comma 8, e 68, d.lgs. n. 50 del 2016, dei principi generali in materia concorsuale, come enunciati dall'art. 30, d.lgs. n. 50 del 2016, in particolare di quelli della *par condicio* dei concorrenti, di trasparenza, di proporzionalità e di libera concorrenza, dell'art. 97 Cost. e del principio del giusto procedimento, nonché eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti, difetto di istruttoria, falso presupposto di fatto, illogicità ed irragionevolezza, ingiustizia manifesta, sviamento di potere.

6.1. Premette che l'art. 2 del Capitolato tecnico ha stabilito che le specifiche tecniche di minima, e quindi fissate a pena di esclusione, per ciascun lotto sono descritte dall'Allegato 1A, il quale, relativamente al Lotto in contestazione, ha richiesto la fornitura di una *“Maschera tipo Total Face, trasparente, risterilizzabile in autoclave a 134° C 10 volte, caratterizzata da 5 punti di fissaggio e passaggio dedicato per SNG. Corredata di nucale in schiuma di poliuretano aventi cinque rebbi di fissaggio alla maschera con regolazione e aggancio-sgancio rapidi. Raccordi*

intercambiabili e girevoli per versione NIV "Non Vented" e CPAP "Vented" comprensiva di valvola di sicurezza. Necessità di scheda numero sterilizzazioni effettuate. Misura S-M-L-XL".

6.2. Sostiene, dunque, che la maschera offerta da Alse non sarebbe tuttavia risterilizzabile a 134° C, così come espressamente richiesto dalla *lex specialis* di gara, ma solamente disinfettabile a STERRAD ed ETO - metodi, questi, cosiddetti “a bassa temperatura” e che, sul punto, non potrebbe neppure essere invocato il principio di equivalenza stabilito dall’art. 68, d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto i suddetti metodi STERRAD ed ETO, pur venendo utilizzati anche per la sterilizzazione, sono stati indicati dal fabbricante Starmed/Intersurgical come metodi idonei per la sola disinfezione, così che non potrebbero ritenersi corrispondenti al metodo espressamente richiesto dalla *lex specialis* di gara. Dovrebbe, pertanto, ritenersi inidonea la dichiarazione di equivalenza prodotta in gara dalla controinteressata in quanto apodittica e sfornita di supporto probatorio.

6.3. Né la commissione risulta avere effettuato alcuna istruttoria in merito a quanto attestata dalla ricorrente.

6.4. Inoltre, la maschera offerta da Alse Medica s.r.l. sarebbe dotata di un connettore per SNG quale accessorio monopaziente, in quanto tale acquistabile ad ogni riutilizzo della maschera, ed appartenente alla “classe I non sterile”, ossia non sottoponibile ad alcun ciclo di sterilizzazione laddove il Capitolato tecnico, invece, prescrive la risterilizzabilità della maschera in ogni suo componente, anche per quanto concerne il passaggio dedicato per SNG.

7. Con il ricorso per motivi aggiunti la ricorrente deduce ulteriori profili di illegittimità dei provvedimenti già impugnati, rimarcando

come le caratteristiche richieste dal capitolato tecnico non sarebbero “sostituibili” con prodotti equivalenti e precisando che il processo di disinfezione, a differenza di quello di sterilizzazione, non elimina completamente le spore batteriche e, in parte, anche i micobatteri.

7.1. Aggiunge che la maschera offerta dall’aggiudicataria non risulterebbe corredata del richiesto “passaggio dedicato per SNG” (Sondino Naso Gastrico), ma solamente di un “connettore per sng”, con differente diametro del passaggio richiesto, tecnicamente e clinicamente sostanziale, in quanto il passaggio dedicato per SNG deve consentire l’entrata e l’uscita del raccordo conico di connessione tra impianto di aspirazione e il sondino naso gastrico, che nella sua parte terminale ha un diametro compreso tra 12 e 18 mm, se non superiore; sul punto mancherebbe, peraltro, anche la un’apposita dichiarazione di equivalenza.

8. L’ASL Roma 1, costituitasi in giudizio, ha svolto ampie difese precisando che il *thema decidendum* non sarebbe tanto l’esistenza di possibili differenze tra la sterilizzazione a vapore richiesta dal Capitolato e le altre metodologie in esame, ma, piuttosto, la possibilità che tra queste tecniche di riutilizzazione ci sia la necessaria equivalenza funzionale che impone alla Stazione Appaltante di ampliare la platea delle offerte ammissibili a tutela della concorrenza e conseguentemente dell’interesse pubblico all’aggiudicazione alla migliore offerta che soddisfi in concreto – e non formalisticamente – le esigenze rappresentate nella *lex specialis*, altresì evidenziando che secondo la valutazione della commissione di gara il prodotto offerto dalla Alse Medica sarebbe, comunque, del tutto idoneo all’uso prescritto.

9. La controinteressata ALSE medica ha parimenti contestato i motivi di ricorso evidenziando, anche con il supporto di una relazione tecnica, la perfetta risterilizzabilità del prodotto dalla stessa offerto nonché, quanto al passaggio dedicato per SNG, che tra le caratteristiche della maschera prescritte dal Capitolato non era presente alcuna ulteriore prescrizione in ordine al diametro, precisando comunque che lo stesso consente il passaggio del connettore.

10. Vanno innanzitutto rigettate le sollevate eccezioni di irricevibilità formulate dall'INMI Spallanzani e dall'ASL n. 2, essendo stato il ricorso notificato (il 30 settembre 2019) nel termine di legge computato tenendo conto della necessaria sospensione feriale dei termini processuali.

11. Parimenti infondate sono le eccezioni di difetto di legittimazione passiva sollevate dai ridetti soggetti nonché dall'Azienda san Camillo Forlanini, sia in quanto quest'ultima presuppone la assoluta estraneità della parte al rapporto giuridico in contestazione, situazione questa non riscontrabile nel caso di specie, atteso che le amministrazioni comunque evocate in giudizio sono quelle "a valle" destinate ad avvalersi dei risultati della gara, sia in ragione del fatto che, non essendo state in ricorso proposte specifiche e motivate domande nei confronti di tali soggetti, la notificazione del ricorso assume valore di mera *litis denuntiatio*.

12. Nel merito, le doglianze esposte tanto nel ricorso principale che nei motivi aggiunti non possono essere condivise.

12.1. Occorre evidenziare che la giurisprudenza è ormai pacifica (per tutte, da ultimo, Cons. di Stato, sez. III, 18 settembre 2019 n. 6212) nell'affermare che:

- *“il principio di equivalenza “permea l’intera disciplina dell’evidenza pubblica e la possibilità di ammettere a seguito di valutazione della stazione appaltante prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste risponde al principio del favor participationis (ampliamento della platea dei concorrenti) e costituisce altresì espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell’Amministrazione” (cfr. Cons. Stato, III, n. 4364/2013; n. 4541/2013; n. 5259/2017; n. 6561/2018)”;*
- *“trova applicazione indipendentemente da espressi richiami negli atti di gara o da parte dei concorrenti, in tutte le fasi della procedura di evidenza pubblica e l’effetto di “escludere” un’offerta, che la norma consente di neutralizzare facendo valere l’equivalenza funzionale del prodotto offerto a quello richiesto, è testualmente riferibile sia all’offerta nel suo complesso sia al punteggio ad essa spettante per taluni aspetti ... e la ratio della valutazione di equivalenza è la medesima quali che siano gli effetti che conseguono alla difformità (cfr. Cons. Stato, III, n. 6721/2018)”;*
- *“l’art. 68, comma 7, del d.lgs. 50/2016 non onera i concorrenti di un’apposita formale dichiarazione circa l’equivalenza funzionale del prodotto offerto, potendo la relativa prova essere fornita con qualsiasi mezzo appropriato; la commissione di gara può effettuare la valutazione di equivalenza anche in forma implicita, ove dalla documentazione tecnica sia desumibile la rispondenza del prodotto al requisito previsto dalla lex specialis (cfr. Cons. Stato, III, n. 2013/2018; n. 747/2018).”*

Questa Sezione ha, peraltro, recentemente in proposito altresì precisato (sentenza n. 13499 25.11.2019), quanto al principio di cui all’art. 68 d.lgs. 50/2016, che:

“tale criterio risponde al più generale principio del favor participationis (id est: ampliamento della platea dei concorrenti), costituendo dunque espressione della massima concorrenzialità nel settore dei pubblici contratti. Ogni deroga a tale

finalità di carattere generale deve di conseguenza essere suscettiva di stretta interpretazione: di qui l'esigenza di limitare entro rigorosi limiti applicativi l'area dei requisiti tecnici minimi e di dare spazio – parallelamente ma anche ragionevolmente e proporzionalmente – ai prodotti sostanzialmente analoghi a quelli espressamente richiesti dalla disciplina di gara” ...”ne consegue, sul piano più strettamente applicativo, che un siffatto giudizio di equivalenza sulle specifiche tecniche dei prodotti offerti in gara risulta legato non a formalistici riscontri ma a criteri di conformità sostanziale delle soluzioni tecniche offerte: deve in altri termini registrarsi una conformità di tipo funzionale rispetto alle specifiche tecniche indicate dal bando. Di qui il ricorso ad un criterio di sostanziale ottemperanza, da parte dei prodotti ritenuti equivalenti, rispetto alle ridette specifiche (cfr. Cons. Stato, sez. III, 29 marzo 2018, n. 2013). Specifiche che, in questo modo, “vengono in pratica comunque soddisfatte” (cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364) ... sul piano procedimentale il meccanismo di cui al citato art. 68, comma 7, non onera i concorrenti di un'apposita formale dichiarazione circa l'equivalenza funzionale del prodotto offerto. Con il nuovo codice degli appalti (decreto legislativo n. 50 del 2016) non risulta infatti più esplicitamente richiesta una “separata dichiarazione” da allegare all'offerta, bastando altresì al riguardo una prova da includere nell'offerta stessa con qualsivoglia mezzo appropriato. Prova questa da fornire in funzione della natura e dell'importanza della relativa fornitura (cfr. artt. 68 e 86 codice appalti), dunque anche mediante una specifica descrizione del prodotto”

-il giudizio di equivalenza costituisce pacificamente legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione (cfr., ex multis, T.A.R. Lazio, sez. I, 19 febbraio 2018, n. 1904). Pertanto, il relativo sindacato giurisdizionale deve attestarsi su riscontrati (e prima ancora dimostrati) vizi di manifesta erroneità o di evidente illogicità del giudizio stesso, ossia sulla palese inattendibilità della valutazione espressa dalla stessa commissione di gara.”

12.2. Ciò posto, e ritenendo del tutto condivisibili i citati precedenti, rileva il Collegio che nel caso di specie non solo il principio di cui all'art. 68 d.lgs. 50/2016 è richiamato dalla *lex specialis* di gara e la controinteressata ha fornito specifica attestazione in tal senso (in data 22 gennaio 2018) – pur non essendo ciò necessario – ma, vieppiù, nella valutazione della commissione, che come detto ben può essere effettuata in forma implicita (come avvenuto nel caso di specie, con riguardo alla valutazione contenuta nel verbale n. 9 della seduta della commissione di gara in data 4 ottobre 2018 in cui anche i prodotti offerti dalla aggiudicataria sono stati nella sostanza ritenuti conformi, “analizzando la campionatura e le schede tecniche presentate dalle società concorrenti”, dunque mediante richiamo alla predetta documentazione tecnica di parte, ivi ricompresa la citata dichiarazione di equivalenza), non si ravvisano gli specifici vizi che ne determinano la permeabilità al sindacato giurisdizionale.

12.3. La pur diffusamente argomentata distinzione tra metodi di disinfezione e metodi di sterilizzazione, sostenuta dalla società ricorrente anche con il supporto di argomentazioni scientifiche, è stata infatti ritenuta dalla stazione appaltante, tramite l'aggiudicazione alla controinteressata, non significativa ai fini della fornitura dei dispositivi in questione, con implicita valutazione in merito alla equivalenza delle metodiche proposte rispetto a quelle indicate dal capitolato rispetto ai fini per i quali le stesse sono richieste (cioè il riutilizzo della maschera in condizioni di sicurezza per il paziente).

12.4. Ne consegue che le relazioni tecniche prodotte da entrambe le parti a sostegno delle rispettive tesi potrebbero, al più, stare ad indicare che tale giudizio di equivalenza può essere opinabile, ma di sicuro non del tutto errato ovvero inattendibile, così che lo stesso

non può essere oggetto del sindacato intrinseco (*rectius*, di merito) che, in sostanza, la ricorrente chiede venga in questa sede esercitato. In altre parole, il giudizio della commissione sull'equivalenza del metodo di pulizia utilizzato dalla controinteressata, espressione di discrezionalità tecnica, non risultando affetto da quegli aspetti di macroscopica ed evidente illogicità o erroneità che soli possono consentirne, secondo la consolidata interpretazione della giurisprudenza, il sindacato, non può essere sostituito con quello del giudice, con conseguente necessario rigetto delle pur articolate censure mosse in ricorso in ordine allo stesso.

12.5. In ogni caso – anche volendo prescindere dal rilievo che la stessa ricorrente, come evidenziato dalla difesa della controinteressata e non contestato, ha indicato per alcuni prodotti dalla stessa offerti quali metodi di sterilizzazione proprio quelli al gas plasma ed all'ossido di etilene qui contestati - rileva il Collegio come la Alse Medica, prima in gara e, poi, nel corso del presente giudizio abbia ampiamente dimostrato che le metodiche a cui è sottoponibile la maschera “SMASKR” prodotta dalla Intersurgical, da essa proposta, raggiunge quel grado “uguale o minore di 1×10^{-6} ” così da potersi considerare risterilizzabile, al pari di altre maschere che vengono sottoposte alla risterilizzazione in autoclave, ciò che conferma la correttezza dell'impugnato giudizio della commissione.

12.5. Analoghe considerazioni valgono con riferimento alle censure inerenti la mancata sterilizzabilità del connettore ed il passaggio dedicato per SNG che vanno, pertanto, parimenti rigettate, considerato altresì che nessuna prescrizione in ordine al diametro è presente negli atti di gara e che la controinteressata ha dimostrato che il proprio prodotto è dotato di un connettore che, come da

destinazione d'uso indicata nella propria scheda tecnica consente proprio il passaggio di sondini nasogastrici.

13. Per quanto sopra esposto il ricorso principale e i motivi aggiunti devono essere integralmente respinti.

14. La particolarità delle questioni trattate costituisce, non di meno, giustificato motivo per disporre la compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Savoia, Presidente

Massimo Santini, Consigliere

Emanuela Traina, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Emanuela Traina

IL PRESIDENTE
Riccardo Savoia

IL SEGRETARIO